

MONITORAMENTO ELETRÔNICO DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE NO DIREITO COMPARADO

José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque¹

RESUMO: O presente artigo busca identificar as hodiernas tendências acerca da aplicabilidade dos modelos contemporâneos de vigilância eletrônica, bem como seus reflexos nas finalidades de prevenção criminal e no sistema garantista. Infere-se, a partir de um minucioso estudo comparado, que a aplicação progressiva de sistemas de controle telemático da liberdade ou de sua privação em lugares diversos do cárcere, na América Latina em geral, inclusive no Brasil, é extremamente tímida, não sendo prevista uma pena autônoma nem uma medida de segurança. Em contrapartida, na Europa, observa-se um ambiente mais receptivo de aplicação, existindo uma instituição de penas autônomas aplicáveis de maneira cumulativa ou isolada, de acordo com previsões especiais para determinados tipos penais, além de sua aplicação em caráter substitutivo. Faz-se necessária a realização de uma cuidadosa consideração das esferas de aplicabilidade da vigilância eletrônica nas sociedades de risco, objetivando que não haja uma exacerbada constrição da liberdade e da intimidade dos cidadãos, e sim sirva para que atinja suas devidas finalidades, quais sejam, a eficácia preventiva e um especial efeito socializador.

PALAVRAS-CHAVE: Monitoramento eletrônico. Direito Comparado.

1 INTRODUÇÃO

É provável que nenhum outro setor do Direito Penal esteja tão sujeito a uma permanente necessidade de reforma como aquele do sistema penitenciário, especialmente no que tange à sua vinculação com as finalidades hoje associadas às penas.

Desde já algum tempo se vem proclamando, sem muita razão, a falência da pena privativa de liberdade, ou pelo menos sua ineficácia como resposta às diversas formas de delinquência. Assim, os ordenamentos jurídico-penais passaram a contemplar instrumentos alternativos de punição, como as penas restritivas de direitos, o que, no direito brasileiro, efetivou-se com a reforma de 1984 ao Código Penal.

Apesar disso, o recrudescimento da criminalidade e o surgimento de novas formas de delinquência originaram uma política criminal ambígua, notando-se uma tendência legislativa voltada tanto para a despenalização, de um lado, como para o incremento da intervenção penal, de outro.

¹ Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. Mestre em Direito Constitucional pela UFC e Livre-Docente em Direito Constitucional pela Universidade Estadual do Vale do Acaraú – UVA.

Na esfera da pena privativa de liberdade, inicialmente e como alternativa ao cárcere, concebeu-se a *prisão domiciliar vigiada mediante recursos eletrônicos*. Essa novidade responde, dentre outros fatores, à necessidade não só de um controle mais efetivo do condenado, mas também de redução do alarmante quadro carcerário, assim como de economia dos elevados recursos públicos investidos no sistema penitenciário. Em um primeiro momento restritas às infrações penais menos graves, atualmente as propostas vinculadas ao modelo de liberdade vigiada vêm se expandindo, para abranger inclusive as condenações por crimes de maior gravidade. De outro lado, as formas de controle telemático (eletrônico) se multiplicam conforme as inovações tecnológicas, o que gera reflexos jurídicos que ainda não estão claros.

O Direito Comparado revela uma adoção, em maior ou menor grau, dos modelos de prisão (“arresto”) domiciliar (ou “localização permanente”) e de liberdade vigiada por controles telemáticos, que são geralmente consagrados como penas ou medidas de segurança autônomas ou em caráter substitutivo à prisão.

Estudar a aplicabilidade dos modelos contemporâneos de vigilância eletrônica, seja como alternativa à prisão ou como pena ou medida de segurança principal, de abrangência penitenciária ou mesmo pós-penitenciária (como acontece na Alemanha, na França e na Espanha), assim como seus reflexos nas finalidades de prevenção criminal e no sistema garantista, é o objetivo deste artigo. Adota-se uma metodologia de comparação entre os sistemas normativos europeus e brasileiro (como representativo dos sistemas latino-americanos), de modo a identificar as tendências contemporâneas a respeito do tema.

2 ORIGEM, NATUREZA, FINALIDADES E TIPOLOGIA DOS CONTROLES TELEMÁTICOS

2.1 Origens

A monitoração eletrônica surgiu nos Estados Unidos no final dos anos 1960 e início dos anos 1970, em um contexto de desenvolvimento dos direitos civis e de crise do sistema carcerário, que se tornava cada vez mais caro

e difícil de administrar.² Foi então que se originaram, como alternativas à prisão, formas de confinamento ou “arresto” domiciliar (*home confinement* ou *house arrest*) associadas à vigilância eletrônica (*electronic monitoring*).

Os primeiros antecedentes remontam a meados da década de 1960, quando pesquisadores comandados pelo psicólogo Ralph K. Schwitzgebel projetaram um sistema de controle eletrônico para liberados condicionais pelo qual estes eram obrigados a levar consigo um aparelho emissor-receptor de sinais conectado a uma central, o que permitia que as autoridades estivessem em contato permanente com eles.³

Em um momento posterior, especificamente na Flórida, levou-se a cabo um ambicioso programa de confinamento domiciliar através do *Correctional Reform Act* de 1983, como forma de proteger o condenado dos estigmatizantes efeitos do encarceramento. A partir de então modelos semelhantes foram sendo criados em outros Estados norte-americanos, até que o juiz Jack Love, do Novo México, concebeu a utilização de um bracelete eletrônico (*electronic bracelet*) para pôr em prática a vigilância, inspirando-se em um quadrinho do Homem-Aranha.⁴

Inaugurava-se assim um modelo de vigilância eletrônica amplamente utilizado nos dias de hoje e que foi o primeiro passo até uma multiplicidade de inovações tecnológicas, como por exemplo os dispositivos introduzidos no corpo do sujeito e outros que injetam uma substância química para que durma, este último especificamente voltado para os condenados por crimes sexuais.

2.2 Natureza e finalidades

Os controles telemáticos são instrumentos que se destinam à monitoração ou vigilância continuada ou pontual da localização espacial dos condenados fora da prisão (no domicílio ou em outro lugar determinado), permitindo dessa forma um sistema de privação da liberdade – distinto do cárcere

² LILLY, Robert J. / BALL, Richard A. (1987). “A brief history of house arrest and electronic monitoring”. In *Northern Kentucky Law Review*, 13(3), p. 343-374.

³ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Nuevas Penas y Medidas Alternativas a la Prisión*. Madrid: Edisofer, 2011, p. 103.

⁴ LILLY, Robert J. / BALL, Richard A. *Op. Cit.*, p. 343-374.

– sob vigilância que, além de reduzir o contingente dos estabelecimentos carcerários, pode significar uma maior eficiência em determinados tipos de delinquência (condenação por infrações menos graves ou de características especiais).⁵

Como afirma Núria Torres Rosell, os fatores em torno dos quais se desenvolveram as penas de prisão domiciliar relacionadas à vigilância eletrônica, e que revelam as respectivas finalidades em nível mundial, são em síntese as seguintes:

a) la sobrepoblación penitenciaria que sufren muchos Estados, b) los elevados costes, primordialmente económicos, pero también sociales y humanos, derivados de las altas tasas penitenciarias; c) la configuración de penas de cumplimiento en la comunidad con un creciente contenido punitivo y de control; d) el desarrollo de instrumentos tecnológicos de control que permiten una supervisión estricta del cumplimiento de las penas.⁶

De fato, as finalidades vinculadas aos modelos de controle telemático envolvem não somente a necessidade de amenização da sobrecarga carcerária e de redução dos custos de manutenção e funcionamento do sistema penitenciário, mas sobretudo a necessidade de prevenção criminal da reincidência mediante um controle mais estrito da liberdade, campo em que sua eficiência tem sido relevante e progressiva conforme o avanço de novas tecnologias.

2.3 Tipologia

Considerando as experiências no Direito Comparado, podem-se distinguir alguns tipos de sistemas de vigilância eletrônica: a) *passivo, de contato programado*, no qual se telefona para o condenado aleatoriamente, a qualquer hora do dia ou da noite, para verificar se está em casa ou no local

⁵ Veja-se a definição de Abel Téllez Aguilera: “Los medios telemáticos de control de penas consisten en el empleo de transmisión de información a través de medios telefónicos o telemáticos con el objeto de conocer de forma continuada o puntual la ubicación espacial de los sujetos sometidos al Abel control, y, por lo tanto, verificar su sujeción al cumplimiento de la pena”. Vide TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Op. Cit.*, p. 102.

⁶ TORRES ROSELL, Núria. “Contenido y fines de la pena de localización permanente”. In *Indret*, Revista para el Análisis del Derecho, 1/2012, p. 4. Disponível em <http://www.indret.com> (acesso em 11.01.2013).

determinado pelo juiz (a identificação se faz através da voz, um *scan* da retina ou uma senha); b) *ativo de primeira geração, por radiofrequência*, no qual, dispensado o telefone fixo, o condenado utiliza um bracelete que envia sinais a um receptor instalado na casa que, por sua vez, as transmite a um computador central operado pelos responsáveis pelo controle, para que estes verifiquem se o indivíduo está ou não em casa em um determinado horário; c) *passivo, mediante GPS (global positioning system)*, no qual as informações do dispositivo GPS se transmitem através de uma rede telefônica instalada no domicílio do monitorado ou em outro lugar que lhe designe o juiz; d) *ativo, mediante GPS*, pelo qual se instala o dispositivo móvel no próprio sujeito e se controlam todos os seus passos através de sinais transmitidos a um computador central via satélite ou *internet*.⁷

Esses modelos podem ser reunidos em três sistemas, segundo refere Téllez Aguilera: a) *monitoração eletrônica*, “mediante transmissores unidos aos sujeitos que são detectados no raio de ação de um receptor conectado via modem a um servidor base de dados”; b) *verificação biométrica*, em que se “identificam determinadas características pessoais do sujeito (voz, digital, rosto...) para comprovar sua presença em um lugar determinado”; c) “*tracking*” ou *seguimento*, que permite “localizar a situação do condenado a todo momento, detectando de forma imediata se abandona ou entra em uma zona determinada”.⁸

Trata-se obviamente de modelos referenciais, já que o acelerado desenvolvimento tecnológico diversifica bastante os instrumentos de monitoração eletrônica, inclusive com dispositivos criados em função de apenados por crimes especiais (por exemplo, os crimes sexuais).

3 DISCUSSÕES A RESPEITO DA CONSTITUCIONALIDADE DOS SISTEMAS DE VIGILÂNCIA ELETRÔNICA

O primeiro questionamento que se apresenta a respeito da aplicabilidade dos controles telemáticos é aquele concernente a uma possível viola-

⁷ BARROS LEAL, César. *Vigilância Eletrônica à Distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 55-58.

⁸ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Op. Cit.*, p. 102.

ção do direito fundamental à intimidade pessoal e familiar, prevista no art. 5º da Constituição Federal, se considerarmos o sistema brasileiro.

Deve-se registrar inicialmente que os diferentes tipos de controle telemático supõem distintos graus de intromissão na intimidade. Com efeito, como afirma Cristina González Blanqué:

La afección que puede producir la monitorización al derecho a la intimidad de la persona monitorizada puede derivar del conocimiento de aspectos de la vida íntima de la persona o su familia (art. 7.1 y 7.2 LO 1/1982141), que puede proporcionar el sistema de monitoreo (Escobar, 1997: 220; Nieva, 2005: 110). En este sentido, es preciso valorar la intromisión a la intimidad que puede comportar la aplicación de las diferentes tecnologías de monitorización actualmente usadas en el derecho penal, en concreto la monitorización mediante radio frecuencia activa, el reconocimiento de voz y la monitorización mediante GPS, puesto que permiten obtener diferentes tipos de información de la persona monitorizada y por tanto de su vida privada.⁹

Parece evidente que os sistemas passivos (por contato programado ou por GPS), assim como o ativo por radiofrequência, não acarretam nenhum tipo de ofensa à dignidade ou à intimidade pessoais, já que mediante esses modelos, enquanto associados a medidas como a prisão domiciliar (ou a “localização permanente”, encontrada no Direito Comparado), o que se faz é tão somente verificar a presença ou a ausência do sujeito em um determinado lugar. Não existe interferência, portanto, nos atos praticados pelo sujeito nesse lugar, nem tampouco em sua vida íntima. A situação já será diferente, por óbvio, se o avanço das tecnologias trazer o emprego de controles mais estritos, em relação, por exemplo, ao uso de drogas.

Já o *seguimento continuado* através de GPS pode sim afetar em maior grau a intimidade do condenado, já que dessa forma seus passos são controlados durante 24 horas por dia. Indubitavelmente, portanto, é necessário considerar uma aplicação restrita desse sistema, fazendo-se uso de características como a limitação de horas diárias de uso e inclusive a relevância do consentimento do condenado. Mas sobretudo o que se deve levar em conta é que, para além da aplicabilidade restrita do sistema ativo de controle conti-

⁹ GONZÁLEZ BLANQUÉ, Cristina. *El control electrónico en el sistema penal*. Tesis doctoral, p. 85. Disponível em www.tesisenred.net (acesso em 11.01.2013).

nuado, o cumprimento da pena supõe em si mesmo uma restrição à intimidade, o que se associa, porém, a uma finalidade preventiva e ressocializadora. Assim, ainda que se preveja em determinadas hipóteses a utilização de um sistema de controle contínuo dos passos do sujeito, esse controle representa uma substituição do cárcere – e portanto de todas as formas de restrições de direitos (inclusive da intimidade) que isso supõe –, e significa além disso uma maior eficácia socializadora, pois permite que o condenado tenha acesso a atividades formativas e laborais.

A restrição à intimidade se compensa com a liberdade, ainda que vigiada, do sujeito, que tem a oportunidade de realizar atividades de melhora pessoal, admitindo-se essa limitação enquanto não haja outro meio menos gravoso para que sejam alcançadas as finalidades das penas. Nesse sentido, quando seja possível aplicar uma liberdade *não* vigiada segundo a natureza do crime, a gravidade da pena ou as características pessoais do condenado, não se pode admitir a utilização de um controle telemático continuado. Entretanto, se as circunstâncias concretas recomendam um controle especial de efeitos preventivos, nesse caso sim deve ser utilizado um sistema continuado, sem que isso desprestigie a dignidade ou a intimidade.

Costuma-se mencionar, também sobre o tema, uma possível ofensa ao direito à inviolabilidade do domicílio. Cabe registrar, a esse respeito, que o consentimento do ofendido, e sobretudo o das pessoas que com ele convivem, deve ser levado em conta para a instalação de um dispositivo em sua residência, ou pelo menos, como acontece no Direito espanhol, a *sujeição da matéria ao controle judicial*. De fato, no sistema espanhol, a restrição ao domicílio, quando derive da pena e como tal esteja vinculada a certas finalidades, deve ser apreciada pelo Juiz de Vigilância Penitenciária – JVP (juiz da execução penal), independentemente de consentimento, mas, quando a decisão restritiva for tomada exclusivamente pela administração penitenciária (possibilidade contemplada na lei espanhola), não se pode prescindir do consentimento do condenado e de sua família.¹⁰

¹⁰ GONZÁLEZ BLANQUÉ, Cristina. *Op. Cit.*, p. 97.

Por último, não se pode considerar degradante à dignidade a utilização dos controles telemáticos. Na verdade, a vigilância eletrônica representa não só um avanço contemporâneo voltado à eficácia do cumprimento de determinadas medidas, inclusive em relação à suas finalidades ressocializadoras, mas também um substitutivo ao cárcere e às suas implicações, essas sim, degradantes.

4 APLICABILIDADE DOS CONTROLES TELEMÁTICOS NO DIREITO COMPARADO

4.1 O panorama dos sistemas contemporâneos

As penas autônomas de *arresto domiciliar* ou de *localização permanente* mediante supervisão eletrônica estão previstas, em maior ou menor extensão, em diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, embora não ainda no Brasil, conforme se verá (no sistema brasileiro, a monitoração eletrônica se dá não dentro de uma pena autônoma, mas em restritas etapas do cumprimento da pena privativa de liberdade, ou na execução de medidas cautelares). Vê-se em particular uma progressiva expansão da aplicabilidade dos controles telemáticos no cumprimento de determinadas formas de pena, seja como sanção principal, seja como medida substitutiva ou alternativa.

As finalidades associadas aos meios de controle telemático podem ser identificadas atualmente de acordo com a seguinte síntese de Téllez Aguilera: a) *programas para as primeiras etapas do cumprimento da pena* (Inglaterra); b) *aplicabilidade com prisão preventiva ou liberdade sob fiança* (Estados Unidos, Portugal, Argentina); c) *sentenças de arresto domiciliar breve* (Suécia); d) *programas para as últimas etapas de cumprimento de pena* (Inglaterra, México, Espanha); e) *programas de liberdade condicional com fins laborais* (Austrália, Espanha); f) *programas específicos de reinserção social* (Estados Unidos); g) *encarceramento antes do cumprimento da pena* (Bélgica).¹¹

Vale citar, a título de referência, o ordenamento jurídico espanhol, que recentemente sofreu substanciais mudanças com a Lei Orgânica 5/2010, que redundaram no aumento do âmbito de aplicação da pena autônoma de *loca-*

¹¹ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Op. Cit.*, p. 107-108.

lização permanente sob controle eletrônico, assim como na criação de uma forma particular de *liberdade vigiada como medida de segurança*, de abrangência pós-penitenciária, aplicável a determinadas espécies delituosas (terrorismo e agressões sexuais). O Direito Francês já desde 2005 adota linha semelhante, voltada para uma utilização massiva dos controles eletrônicos, inclusive depois do cumprimento da pena por parte do condenado, em algumas situações excepcionais, que serão abordadas no tópico próprio deste artigo.

Na América Latina desponta o exemplo recente do Direito Brasileiro, que incorporou, através da Lei 12.258/2010, a previsão do controle telemático, por vigilância indireta, aplicável em duas hipóteses: a) saída temporária no regime semi-aberto; b) prisão domiciliar. Além disso, a mais recente Lei 12.403/2011 introduziu a previsão da vigilância eletrônica como medida cautelar diversa da prisão provisória (art. 319, IX, do Código de Processo Penal). Nesse último caso, os controles eletrônicos funcionam como interessante instrumento de garantia da eficácia de outras medidas cautelares diversas da prisão, a exemplo da proibição de se ausentar da comarca ou de se aproximar de determinadas pessoas ou lugares.

Estabelecido esse panorama geral, passa-se ao exame das características concretas de cada modelo.

4.2 Sistemas europeus

4.2.1 Pena de arresto (prisão) domiciliar ou de localização permanente

a) Inglaterra e País de Gales: curfew orders

O Direito Inglês prevê os *curfew orders* ou *curfew requirements with electronic monitoring* (ordens de arresto domiciliar ou requerimentos de arresto domiciliar sob monitoração eletrônica), introduzidos como pena autônomas pelo *Criminal Justice Act* (CJA) de 1991 e pelos quais se obriga o condenado a permanecer, de forma temporária e continuada, no lugar determinado em sentença judicial. Desde sua introdução, os *curfew orders* vinculam-se à supervisão do condenado mediante controles telemáticos, e antes mesmo de sua existência já se aplicava na Inglaterra, desde 1989, o

tagging (etiqueta) aos liberados sob fiança, aos condenados por não pagamento de multa ou por crimes menores e aos apenados em progressão de regime.¹²

A partir do CJA de 2003 (art. 204) se estabeleceu a aplicabilidade dos *curfew orders* em uma dupla esfera: a) como pena comunitária (*community order*); b) como condição ou obrigação adicional quando haja suspensão da pena (*suspended sentence order*).¹³

O sistema penal inglês, como prevêem os artigos 204 e 215 do referido CJA de 2003 e o artigo 37 do *Powers of Criminal Courts Sentencing Act* de 2000, estabelece um período máximo de 6 (seis) meses de duração do controle eletrônico (artigo 204.3, CJA 2003), com uma duração diária que deve ser fixada entre 2 (duas) e 12 (doze) horas, podendo-se especificar diferentes lugares ou diferentes períodos para diferentes dias (artigo 37.3, PCCSA 2000). Veda-se, assim, uma privação de liberdade de 24 horas por dia.

Em síntese, o modelo aplicado na Inglaterra e no País de Gales, seja como pena autônoma ou como condição imposta em sentença suspensiva de prisão (medida substitutiva à prisão), baseia-se na garantia de condições que compatibilizem a execução da pena privativa de liberdade com o cumprimento de responsabilidades domésticas, familiares, laborais e educativas por parte do condenado, eliminando-se assim os fatores degradantes próprios da prisão.

b) Espanha: pena de localização permanente sob vigilância telemática

A *localização permanente* experimentou no Direito Espanhol significativas modificações com o advento da Lei Orgânica 5/2010, e atualmente está prevista como pena e também como medida de segurança. A regulamentação, em especial a do art. 37 do Código Penal Espanhol, foi feita pelo Real Decreto 841/2011.

A *pena de localização permanente* é prevista como espécie de *pena privativa de liberdade* aplicável em caráter principal ou substitutivo, con-

¹² TORRES ROSELL, Núria. *Op. Cit.*, p. 12.

¹³ Criminal Justice Act (CJA) (2003). Disponível em www.legislation.gov.uk (acesso em 11.01.2013).

forme o art. 37 do Código Penal Espanhol, e consiste em obrigar o condenado a permanecer em seu domicílio ou em outro lugar determinado pelo juiz em sentença ou posteriormente em decisão motivada. Trata-se, com efeito, de *alternativa à prisão*, aplicável como pena privativa de liberdade leve ou menos grave: a) em substituição à pena de prisão de até seis meses; b) como pena principal cominada em um tipo penal específico. A pena de localização permanente representa também alternativa à prisão como consequência da responsabilidade subsidiária por não pagamento de multa, prevista no art. 53.1 do Código Penal, no caso em que a multa foi imposta como pena leve.¹⁴

Essa pena se cumpre no domicílio do condenado ou em outro lugar que, conforme as previsões legais específicas e outras circunstâncias, seja fixado pelo juiz. O cumprimento da pena em lugar distinto do domicílio do apenado pode ser determinado em hipóteses especiais, como no caso de violência doméstica, em que obviamente se mostra inviável a convivência entre agressor e vítima.

Após a reforma da LO 5/2010, o lugar de cumprimento da pena pode ser inclusive o centro penitenciário mais próximo ao domicílio do condenado e pode ser levada a cabo aos sábados, domingos ou feriados, quando se trate de localização permanente aplicada como pena principal, atendendo-se à reiteração do crime e sempre que assim disponha o concreto preceito aplicável (art. 37.1). Nesse caso, a pena de localização permanente se converte em *arresto de fim de semana*, aplicável do mesmo modo, segundo o regime legal, às *faltas* (infrações vinculadas e penas não privativas de liberdade – art. 13), fato que mereceu contundentes críticas da doutrina, que denuncia a permissividade legal de que as faltas, infrações menos graves, possam ser castigadas “com um pena de prisão de curta duração encoberta”.¹⁵ O único caso de previsão típica expressa, porém, é o do crime de furto quando cometido de forma reiterada, nos termos do art. 623.1 do Código Penal.

¹⁴ Ley Orgánica 10/1995 (Código Penal Español) (1995). Disponível em www.noticiasjuridicas.com (acesso em 11.01.2013).

¹⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja / CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 267.

A pena que aqui se analisa tem duração máxima de 6 (seis) meses (art. 37.1) e pode ser cumprida aos fins de semana ou de forma descontinuada, se o réu o solicitar e as circunstâncias o aconselharem, ouvido o Ministério Público (art. 37.2). Será *pena leve* quando esteja fixada de 1 (um) dia até 3 (três) meses e *pena menos grave* a partir dos 3 (três) meses e 1 (um) dia até 6 (seis) meses, seja como pena principal ou como pena substitutiva da prisão.

Segundo Borja Mapelli Caffarena, trata-se de uma modalidade punitiva que se configura “a partir da fusão do arresto domiciliar com o arresto de fim de semana”, oferecendo como tal vantagens consideráveis do ponto de vista preventivo, “já que como se aplica de forma interrompida, o condenado recebe curtas mas intensas descargas punitivas (*short, sharp, schock*), que não perturbam suas relações com a sociedade”.¹⁶

A pena principal ou substitutiva de localização permanente responde, portanto, a uma necessidade de redução da amplitude da prisão, constituindo uma alternativa de privação de liberdade a ser cumprida em centros distintos do cárcere – embora ainda esteja prevista sua execução também em um centro penitenciário – e com a possibilidade de cumprimento descontínuo. Desse modo se possibilita que o apenado desempenhe suas atividades com maior eficácia ressocializadora.

Desde a reforma estabelecida no Direito Espanhol pela LO 5/2010, prevê-se a *utilização de meios mecânicos ou eletrônicos que permitam a localização do réu*, o que poderá ser determinado pelo juiz ou tribunal a fim de garantir o cumprimento efetivo da pena (art. 37.4 do Código Penal).

Assim, no Direito Espanhol, a pena de localização permanente emerge associada aos meios telemáticos, como forma de garantia do cumprimento efetivo dessa pena. Na verdade, a vigilância eletrônica surgiu, nos diversos sistemas, exatamente como um fator de garantia da efetividade dos efeitos preventivos das penas de arresto (prisão) domiciliar ou localização permanente. Reflexo disso é a progressiva ampliação da esfera de aplicabilidade

¹⁶ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4. ed. Madrid: Aranzadi, 2005, p. 93.

desse tipo de restrição da liberdade, inclusive alcançando, como se verá, as medidas de segurança.

Em síntese, se a *localização* tem um conteúdo ressocializador desde o momento em que permite ao condenado (quando cumprida de forma não continuada) o exercício de suas atividades sociais básicas enquanto cumpre a pena, revela-se aí uma expressiva carga *preventiva* própria da vigilância eletrônica.

Entretanto, a redação do art. 37 do Código Penal pode dar margem a confusões interpretativas. Com efeito, e ao contrário do que faz pensar o conteúdo literal do dispositivo, trata-se realmente de vigiar a *permanência* do sujeito em um determinado lugar, e não de lhe controlar os movimentos.

Assim, para que a pena de localização permanente se faça efetiva, basta o emprego de um *sistema passivo* de verificação de voz ou de um *ativo de primeira geração*, mediante radiofrequência, através do qual se possa, pela proximidade entre o dispositivo emissor portado pelo sujeito e o receptor localizado em seu lugar de permanência, verificar a presença ou ausência do condenado no raio de ação e nas horas previamente fixadas.

Nesse contexto, cabe mencionar, a título comparativo, a aplicação dos sistemas de seguimento continuado realizados na Espanha no âmbito da violência doméstica. O art. 64.3 da Lei Orgânica 1/2004 dispõe a esse respeito que “o juiz poderá proibir o inculcado que se aproxime da pessoa protegida, o que lhe impede de acercar-se da mesma em qualquer lugar onde ela se encontre, assim como de acercar-se a seu domicílio, seu lugar de trabalho ou qualquer outro que seja freqüentado por ela”, acrescentando que “poderá ser acordada a utilização de instrumento com a tecnologia adequada para verificar de imediato seu descumprimento”.

Trata-se em especial de *medidas de proteção ou de segurança das vítimas*, de acordo com o capítulo 4 do título 4 (“Tutela Judicial”) da referida Lei Orgânica. Com base nesse dispositivo se desenvolveu na Espanha um *sistema de seguimento por meios eletrônicos das medidas de distanciamento em matéria de violência de gênero*, adotado em Protocolo aprovado pelo Comitê Técnico da Comissão Nacional de Coordenação da Polícia Judiciária, em 2009.

Esse sistema de seguimento já supõe, ao contrário do outro vinculado à pena de localização permanente, o emprego de instrumentos ativos de controle continuado que acompanham todos os atos e deslocamentos do sujeito através da tecnologia GPS. Isso estimulou propostas de aplicação do mesmo sistema no âmbito da execução da pena de localização permanente, inclusive como forma de possibilitar ao condenado um exercício mais amplo de suas atividades sociais, em benefício das finalidades ressocializadoras próprias daquela pena.

Essas propostas, no entanto, têm sido criticadas pela doutrina. Segundo Núria Torres Rosell:

[...] en la medida en que la pena de localización permanente se halla prevista como pena leve o menos grave y que, incluso en el supuesto de aplicación para sustitución de pena de hasta seis meses de prisión, será previsiblemente aplicada a supuestos de infracciones de gravedad media o baja, debemos rechazar la opción de someter al penado a seguimiento continuado mediante tecnología GPS pues de lo que se trata no es de conocer la concreta ubicación del penado en cualquier momento sino de garantizar que, en las horas señaladas el individuo se encuentra recluso en lugar señalado judicialmente. Por ello, el control telemático estático vinculado a la previa concreción de las horas en las que durante el día el sujeto deba poder ser localizado, resulta suficiente a los fines de esta sanción sin que sea necesario recurrir a sistemas de seguimiento permanente que suponen una mayor intervención sobre la intimidad del penado.¹⁷

De fato, e uma vez que a vigilância eletrônica está vinculada a uma pena menos grave ou leve, resta excessiva a intervenção na intimidade do condenado por conta da utilização de um sistema ativo de seguimento continuado por GPS.

Outro campo de aplicação do sistema de *seguimento continuado* no ordenamento espanhol, além da esfera das medidas protetoras (relacionadas à violência de gênero), é o da *medida de segurança pós-penitenciária de liberdade vigiada*, que será analisada em outro tópico.

c) França: *placement sous surveillance électronique*

No Direito Francês se aplica, desde 1997, a pena de *placement sous surveillance électronique* (PSE), ou seja, *localização sob supervisão eletrô-*

¹⁷ TORRES ROSELL, Núria. *Op. Cit.*, p. 23.

nica. A própria denominação da pena traz em si mesma a aplicação da vigilância eletrônica. Essa pena está prevista no Capítulo II (*Du régime des peines*) do Título III do Código Penal Francês (artigos 132-26-1 a 132-26-3). Prevê-se também o mesmo *placement sous surveillance* como medida de segurança pós-penitenciária, nos artigos 131-36-9 a 131-36-13.¹⁸

Enquanto *pena*, o PSE pode ser aplicado em *caráter substitutivo* ao cárcere nas hipóteses de condenação igual ou inferior a 2 (dois) anos de prisão. Nesses casos a pena privativa de liberdade pode ser executada, total ou parcialmente, em regime de vigilância eletrônica, sob as seguintes condições: a) o condenado exerce uma atividade profissional, ainda que temporária, participa de algum programa de ensino ou de uma formação profissional ou está em busca de um trabalho; b) o condenado tem participação essencial na vida de sua família; c) o condenado precisa submeter-se a tratamento médico; d) o condenado mostra sérios esforços de readaptação social como resultado de uma intervenção duradoura em um projeto caracterizado como de inserção ou de reinserção com vistas à prevenção dos riscos de reincidência (art. 131-26-1 do Código Penal).

Aplica-se também o PSE nas hipóteses de *sursis* (suspensão condicional da pena), quando a pena fixada seja igual ou inferior a 2 (dois) anos ou, no caso de condenado reincidente, igual ou inferior a 1 (um) ano (art. 132-26-1, 2, do Código Penal). Em qualquer hipótese se condiciona a aplicação do regime à concordância do condenado ou de quem o represente, se for menor (art. 132-26-1, 3, do Código Penal). Além disso, o art. 723-7, 2, do Código Penal, contempla a aplicabilidade do regime como condição da liberdade condicional.

As formas de cumprimento estão especificadas no art. 132-26-2 do Código Penal Francês: proíbe-se que o condenado se ausente de seu domicílio, ou de outro lugar que lhe fixe o juiz, fora dos horários estabelecidos na sentença; os períodos e lugares devem ser fixados segundo a atividade profissional que o condenado pratique, ou de acordo com sua participação em

¹⁸ FRANÇA. Código Penal Francês (1994). *Code pénal français*. Disponível (francês, espanhol e inglês) em www.legifrance.fr (acesso em 11.01.2013).

algum programa de ensino, formação, trabalho temporário, na vida familiar ou em tratamento médico.

Assim, o Direito Francês se restringe à verificação da presença ou ausência do condenado em relação ao lugar e horário estabelecidos, conforme o procedimento regulado no art. 723-8 do Código de Processo Penal Francês.¹⁹

Entretanto, como medida de segurança pós-penitenciária se aplica, aí sim, a vigilância eletrônica mediante GPS, do mesmo modo que no sistema espanhol, conforme será abordado no tópico próprio deste artigo.

d) Suécia: medida de supervisão intensiva

O Código Penal Sueco de 1999 prevê a *medida de supervisão intensiva* em caráter substitutivo à prisão de até 6 (seis) meses. Trata-se de uma pena alternativa que consiste na obrigação do condenado de permanecer em seu domicílio pelo tempo equivalente à prisão imposta. Como na Espanha, prevê-se o estabelecimento de um plano de cumprimento que possibilite ao apenado o exercício de atividades formativas e laborais, assim como a submissão a tratamento médico, contemplando-se pelo menos uma hora diária de liberdade.

Para verificar o efetivo cumprimento da medida a legislação estabelece um sistema de visitas sem prévio anúncio e, principalmente, a monitoração eletrônica mediante instrumentos de radiofrequência, adotando-se para esse fim um sistema estático ou passivo de controle da presença do condenado no lugar que lhe for designado.²⁰

Como se percebe claramente, o sistema sueco assemelha-se muito ao espanhol e ao francês, prevendo a mesma aplicabilidade de sistemas estáticos de controle da localização permanente do condenado, a quem se possibilita o exercício de atividades fora do lugar determinado.

¹⁹ De fato, como refere Torres Rosell, o procedimento francês “insta unicamente a comprobar a distancia la presencia o ausencia del condenado del lugar predeterminado y ello mediante dispositivos de control electrónico monitorizado que utilizan sistema de radiofrecuencia, excluyéndose de este modo la sumisión del penado a un seguimiento continuado mediante sistemas GPS”. Vide TORRES ROSELL, Núria. *Op. Cit.*, p. 9.

²⁰ TORRES ROSELL, Núria. *Op. Cit.*, p. 11.

e) Bélgica

Na Bélgica se aplica o arresto (prisão) domiciliar como medida substitutiva da prisão, nas seguintes hipóteses: a) quando a condenação tenha sido igual ou inferior a três anos de prisão, a supervisão eletrônica rege-se pela Circular ministerial 1803/2008, e a decisão é tomada pela Direção Geral dos Estabelecimentos Penitenciários; b) quando a condenação tenha excedido os três anos de privação de liberdade, a decisão fica a cargo dos tribunais de aplicação das penas. O sistema aplicado é o passivo, mediante controle da presença ou ausência do condenado em seu domicílio.²¹

4.2.2 Medida de segurança pós-penitenciária: liberdade vigiada na Espanha e placement sous surveillance électronique na França

Neste tópico se trata de medida de segurança com aplicação *pós-penitenciária*, vale dizer, para depois que o condenado já cumpriu a pena, quando a persistência de sua periculosidade em alguns casos excepcionais seja reconhecida. Cuida-se uma novidade surgida em alguns sistemas europeus, como o alemão, o francês e o espanhol, que acaba por elastecer a intervenção penal de forma perigosa, como se verá.

A *liberdade vigiada* é prevista no Código Penal Espanhol como *medida de segurança não privativa da liberdade* (Título IV, Capítulo II, Seção II) e consiste, segundo o art. 106.1, na *submissão do condenado a controle judicial mediante o cumprimento de alguma ou algumas das seguintes medidas*:

- a) la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente;
- b) la obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca;
- c) la de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo;
- d) la prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal;
- e) la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal;

²¹ Circulaire Ministerielle 1803/2008. Disponível em www.justice.belgium.be (acesso em 11.01.2013).

- f) la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal;
- g) la prohibición de acudir a determinado territorios, lugares o establecimientos;
- h) la prohibición de residir en determinados lugares;
- i) la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza;
- k) la obligación de participar de programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- l) la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

Verifica-se aqui, com base no art. 106.1, “a”, a adoção do *sistema de seguimiento continuado* mediante controles telemáticos, o que representa novidade introduzida pela Lei Orgânica 5/2010, valendo dizer que, ao contrário do que sucede com a *pena* de localização permanente, não há privação de liberdade em um lugar determinado, e sim liberdade condicionada e eletronicamente vigiada. Nesse caso, considerando a própria natureza da medida, deve ser adotado um sistema ativo mediante tecnologia GPS, a fim de levar a cabo o seguimento continuado.

Antes de analisar o conteúdo e os efeitos dessa disposição, convém tratar brevemente da natureza e do regime jurídico das medidas de segurança, a fim de se compreender o contexto em que surgiu esse instituto da *medida de segurança pós-penitenciária* no Direito Espanhol.

As medidas de segurança são conseqüências jurídicas do crime, aplicáveis a “certos indivíduos que não são culpáveis, mas sim são perigosos”²² ou, conforme a definição de Antonio Beristain Ipiña, constituem “os meios assistenciais ou de controle que se aplicam pelos órgãos judiciais, como conseqüência da prática de um fato tipificado no Código Penal, nos termos da lei, às pessoas criminalmente perigosas, a fim de que se consiga a prevenção especial”.²³ A aplicabilidade dessas medidas, portanto, se baseia nos seguintes pressupostos: a) *periculosidade do sujeito*; b) *prévio cometimento de um delito* (art. 6.1 do Código Penal Espanhol).

²² MAPELLI CAFFARENA, Borja / CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Tecnos: 2011, p. 354.

²³ *Apud* MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4. ed. Madrid: Aranzadi, 2005, p. 310.

Os princípios vinculados às medidas de segurança são, por sua vez, os seguintes: a) *legalidade* (art. 1.2 do Código Penal: “as medidas de segurança só poderão ser aplicadas quando concorram os pressupostos estabelecidos previamente pela lei”); b) *necessidade* (art. 6.2 do Código Penal: “as medidas de segurança não podem exceder o limite necessário para prevenir a periculosidade do autor”); c) *proporcionalidade* (art. 6.1 do Código Penal: “as medidas não podem ser nem mais gravosas, bem de maior duração que a pena abstratamente aplicável ao fato cometido”).

A aplicabilidade dessas medidas se vincula, assim, às noções de *inimputabilidade* e de *periculosidade*, devendo ser impostas na medida da necessidade e de forma proporcional ao fato cometido. Entretanto, as medidas de segurança, no Direito Espanhol, podem ser aplicadas igualmente a sujeitos semi-imputáveis, ou seja, com culpabilidade diminuída, caso em que se adota o *sistema vicarial*, nos termos do art. 99 do Código Penal, segundo o qual se aplica em primeiro lugar a medida de segurança privativa da liberdade, seguida da pena.

Exposto esse contexto, cabe registrar, a respeito da já referida *medida de segurança de liberdade vigiada*, que a Lei Orgânica 5/2010 introduziu uma modificação de especial interesse, além da consagração dos controles telemáticos como forma de garantia de cumprimento (art. 106.1, “a”, do Código Penal): trata-se da *aplicabilidade da medida de liberdade vigiada posteriormente ao cumprimento da pena de prisão, nas específicas hipóteses de condenação por terrorismo (art. 579.3) ou por agressões sexuais (art. 192.1)*.

A esse respeito, estabelece o art. 106.2 que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código”. E assim dispõe expressamente o art. 579.3, relativo aos delitos de terrorismo:

A los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante

lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

E, do mesmo modo, dispõe o art. 192.1, relativo aos delitos de agressões sexuais:

A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que *se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad*. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

Para o efeito de verificar a aplicabilidade da medida – vale dizer, de apreciar a periculosidade subsistente do condenado –, o Real Decreto 841/2010 prescreve, em seu art. 23:

En los supuestos en que se haya impuesto al penado la medida de libertad vigilada de cumplimiento posterior a una pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria, antes de finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad y a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria, elevará a éste un informe técnico sobre la evolución del penado, a los efectos previstos en el artículo 106, párrafo 2, del Código Penal. El referido informe será elaborado por la Junta de Tratamiento, u órgano autonómico equivalente, del Centro Penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional.

Assim, abre-se um campo especial de aplicação dos controles telemáticos, agora não da privação da liberdade (como acontece no arresto domiciliar ou na localização permanente), e sim da liberdade em si mesma, sob vigilância *pós-penitenciária*.

Não há dúvida de que as especiais disposições acerca das *hipóteses de periculosidade*, que chegam ao ponto de ensejar medidas de abrangência pós-penitenciária, estão intimamente ligadas à *garantia de cumprimento* proporcionada pela vigilância telemática, atendendo-se assim ao propósito de *neutralização do risco*.

Com efeito, considerando que se trata de “terroristas não arrependidos” e de “agressores sexuais incorrigíveis”, a medida teria reduzida importância se não pudesse ser garantida, como agora, por aparatos eletrônicos. Verifica-se portanto, em uma primeira análise, uma íntima ligação entre o dispositivo do art. 106.1, “a” (liberdade eletronicamente vigiada) com o do art. 106.2, segundo a redação que lhe conferiu a Lei Orgânica 5/2010.

O contexto em que se produziu esta medida é o do alarme social causado por situações de sujeitos que, após terem cumprido pena por agressões sexuais (por exemplo), mantêm a disposição de delinquir e voltam a fazê-lo. Na Espanha é comum referir-se o caso de um sujeito que em Barcelona cometeu cinco delitos de violação sexual (e tentou cometer outros quatro) contra menores de 9 a 17 anos de idade e, após cumprir uma pena de 16 anos de cárcere, voltou a cometer (um ano depois) crimes sexuais na França.²⁴

A transcendência de uma disposição baseada na “periculosidade subsistente do sujeito” que “acha sua resposta idônea em uma medida de segurança” (Exposição de Motivos da Reforma de 2010), para além da dimensão retributiva da pena, é difícil de avaliar. De todo modo, o que fica claro é a aspiração progressiva da política criminal de avançar até a neutralização do risco de reincidência nas hipóteses de maior lesividade social, mas sob pressupostos ainda imprecisos e em todo caso amplos, como o é o pressuposto da *periculosidade*. É procedente, a respeito, a crítica de Borja Mapelli Caffarena:

La posibilidad de prorrogar los límites del control estatal a través del Derecho penal más allá de la extinción de la pena supone un salto cualitativo sobre la incidencia de los antecedentes penales, con un grave riesgo de provocar la *ruptura del dique* hacia horizontes inimaginables de control, ya que la única justificación que se da para ello es que, incluso después de cumplir la condena, ciertos sujetos son peligrosos (más ampliamente, JORGE BARREIRO). Con este argumento los comedidos límites en los que se ha movido la reforma 5/2010 carecen de fundamento ya que si para un terrorista o un agresor sexual es posible prorrogar la vida de la pena, porque aun son pe-

²⁴ ORTIZ, Ángel Luis. “Propuestas sobre medidas de seguridad postpenales en España”. In *Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales*, oct./dic. 2008, p. 193-206, esp. p. 193-194.

ligrosos, porque no hacerlo también para un asesino o un secuestrador, si también lo son, o, finalmente, porque no olvidarnos el delito cometido y permitimos con carácter general la continuación del control del Estado siempre que se verifique la peligrosidad criminal, sin más. La debilidad del contraargumento de la proporcionalidad es evidente”.²⁵

No mesmo sentido vão as reflexões de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán:

La libertad vigilada como medida de seguridad post-penitenciaria se introdujo como consecuencia de la alarma mediática generada por la excarcelación de algunos delincuentes sexuales y terroristas, tras el cumplimiento de sus penas de prisión. Las principales críticas recibidas por esta reforma se basan en que – obedeciendo a casos aislados y minoritarios – establece una prolongación general de la privación de derechos después de haberse cumplido penas muy graves cuyos efectos prácticos pueden alcanzar a los de una cadena perpetua, con la consiguiente afectación al principio de proporcionalidad. Por el contrario, deberían mejorarse los instrumentos de tratamiento penitenciario como los dedicados a la reinserción, para disminuir el riesgo de reincidencia, así como los dedicados a la asistencia social.²⁶

Essa questão deixa claro, no que interessa destacar, que os controles telemáticos, ao mesmo tempo que funcionam como alternativa à prisão, trazendo benefícios de redução do contingente carcerário e melhores estímulos à ressocialização, de outro lado representam, no campo da vigilância da liberdade após o cumprimento da pena, instrumentos de expansão ilimitada do controle estatal sobre a esfera individual das pessoas.

Com efeito, não se pode atribuir o ressurgimento ou o incremento da pena de localização permanente e da medida de liberdade vigiada a outra coisa a não ser a progressiva eficácia que proporcionam os avanços tecnológicos em relação aos aparelhos de vigilância eletrônica. Em um cenário de expansão do sistema penal e da sociedade de riscos, isso supõe uma ampliação da esfera de vigilância, que agora assume o extremo da intervenção pós-penitenciária.

²⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja / CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Tecnos: 2011, p. 354-355.

²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 598.

Assim, no que se refere à medida de segurança, considerando o critério de *periculosidade* adotado, a prorrogação dos limites das consequências jurídicas do crime obedece não mais a um objetivo ressocializador, e sim a outro de caráter neutralizador. Na verdade, resta estabelecido um novo dualismo que, após o fracasso ressocializador da pena, institui uma medida de vigilância da liberdade por um prazo de até 10 (dez) anos, segundo o regime atual na Espanha.

Além disso, fica consagrada, por esse sistema dualista, a aplicação de medida de segurança a um sujeito *imputável*, o que modifica inclusive o pressuposto tradicional de imposição da medida de segurança, tradicionalmente voltada a sujeitos inimputáveis ou quando muito semi-imputáveis.

De qualquer maneira, essa tendência de imposição de uma medida de segurança de abrangência pós-penitenciária não é exclusiva do Direito Penal Espanhol. Sob o mesmo fundamento da periculosidade do sujeito, instituiu-se na Alemanha, por uma lei de 26 de janeiro de 1998, a mais grave medida *privativa de liberdade pós-penitenciária de custódia de segurança*, aplicável a delinquentes multi-reincidentes que tenham cumprido uma longa pena de prisão (art. 129 da Lei penitenciária alemã) por algumas das infrações enumeradas, ou seja, delitos contra a liberdade sexual, abuso sexual de menores e de pessoas incapazes e fomento de atividades sexuais com menor de idade. Exige-se, no sistema alemão, a condenação prévia por qualquer desses delitos a uma pena de prisão de pelo menos 3 (três) anos. O limite de aplicação a medida é de 10 anos, conforme o § 67, III, do StGB alemão, permitindo-se excepcionalmente, porém, sua perduração em caráter indefinido.²⁷ No caso da Alemanha, todavia, trata-se de medida de internação (privação de liberdade), e não de liberdade vigiada.

Já a vinculação de uma medida de segurança pós-penitenciária com os sistema de controles eletrônicos, de forma semelhante à que se aplica na Espanha, foi instituída anteriormente (2005) na França.

Com efeito, além do *placement sous surveillance électronique* (localização sob vigilância eletrônica) como *pena privativa de liberdade*, discipli-

²⁷ ORTIZ, Ángel Luis. *Op. Cit.*, p. 197.

nada nos artigos 723-7 e seguintes do Código Penal Francês, prevê-se o mesmo PSE como “*móvel*” a título de medida de segurança, nos artigos 131-36-9 e seguintes. Essa medida foi estabelecida pela Lei 2005-1549, que reformou o Código Penal.

As denominações adotadas no ordenamento jurídico francês expressam bem a realidade: sistema telemático estático para a pena de localização (*placement*); sistema telemático ativo, designado como *móvel*, para a medida de segurança. Já a respeito da abrangência pós-penitenciária da medida, o art. 131-36-109 é bastante claro:

Artículo 131-36-10. A localização sob vigilância eletrônica móvel no pode ser ordenada senão contra uma pessoa maior condenada a uma pena privativa de liberdade com duração igual ou superior a sete anos ou, quando a pessoa tenha sido condenada por um crime ou delito cometido outra vez em estado de reincidência legal, com uma pena de duração igual ou superior a cinco anos, e cujo exame médico tenha constatado a periculosidade, quando esta medida se mostre indispensável para prevenir a reincidência, *a contar do dia em que a privação da liberdade termine*.²⁸

Prevê-se na França, portanto, uma medida de segurança pós-penitenciária com âmbito de aplicação mais amplo que o do sistema espanhol, já que em todos os casos de “crime ou delito” – e não somente em tipos especiais – é possível a imposição da medida de segurança. Os limites estabelecidos para isso não são então qualitativos, e sim apenas quantitativos.

Assim, os três sistemas referidos (alemão, espanhol e francês) mostram-se inseridos em um panorama de política criminal expansiva e pretensamente neutralizadora do risco de reincidência, ampliando, com esse fim, as esferas de controle estatal, com efeitos ainda imprevisíveis.

4.2.3 Outras hipóteses de aplicabilidade: medidas cautelares e proteção à vítimas e prisão provisória

Conforme se adiantou parcialmente, as hipóteses de aplicação dos controles telemáticos não se resumem à garantia de cumprimento de uma pena

²⁸ FRANÇA. Código Penal Francês (1994). *Code pénal français*. Disponível (francês, espanhol e inglês) em www.legifrance.fr (acesso em 11.01.2013).

privativa de liberdade ou à vigilância da liberdade como medida de segurança, mas alcançam também o campo processual, como é o caso das medidas cautelares de proteção, da prisão provisória domiciliar ou da liberdade provisória.

A esse respeito convém referir: a) *no Direito Penal Espanhol*: aplica-se a vigilância da liberdade do sujeito no cumprimento de *medidas de proteção e de segurança às vítimas* (art. 64.2 da Lei Orgânica 1/2004), adotando-se o *sistema de seguimento por meios telemáticos das medidas de distanciamento em matéria de violência de gênero*; b) *no Direito Penal Inglês*: vigilância eletrônica da liberdade concedida sob fiança, aplicando-se também o sistema de seguimento continuado; c) *no Direito Penal Italiano*: o art. 275-bis do Código Penal Italiano prevê a utilização de *mezzi elettronici o altri instrumenti tecnici* (*meios eletrônicos ou outros instrumentos técnicos*) no arresto domiciliar, como alternativa ao encarceramento cautelar ou preventivo, quando haja concordância do imputado quanto à monitoração, que se faz por um bracelete.

4.3 O sistema brasileiro

Na América Latina existem diversas iniciativas de implantação gradual dos sistemas de controle telemático, apesar de restritos ainda ao plano das medidas alternativas à prisão, seja no cumprimento da pena privativa de liberdade ou na custódia cautelar.

O ordenamento jurídico-penal brasileiro, pela Lei 12.258/2010, consagrou a possibilidade de utilização dos instrumentos de vigilância eletrônica em âmbitos muito restritos, que são: a) a saída temporária durante o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto; b) a prisão domiciliar; tudo nos termos do art. 146-B da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), com a redação que lhe conferiu a citada Lei 12.258/2010:

Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando:

I - (VETADO);

II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto;

III - (VETADO);

IV - determinar a prisão domiciliar;

V - (VETADO);

Parágrafo único. (VETADO).

Como se verifica na transcrição acima, três propostas (I, III e V) de aplicação dos controles telemáticos foram vetadas pelo Presidente da República. Essas hipóteses eram: aplicação de pena restritiva de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semi-aberto, ou concessão da progressão para tais regimes (I); aplicação de penas restritivas de direitos que estabeleçam limitações de horários ou frequência a determinados lugares (III); concessão de liberdade condicional ou de suspensão da pena (V). Os motivos do veto presidencial foram assim expressos:

A adoção da monitoração eletrônica no regime aberto, nas penas restritivas de direitos, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena, contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e com isso a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. Além disso, o projeto aumenta os custos da execução penal e não contribui para reajustar a população dos presídios, já que não retira do cárcere a quem não deveria lá estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso.

Perdeu-se, por conta de tais vagas razões, a oportunidade de uma aplicação mais ampla da vigilância eletrônica, que seria de grande importância no contexto dos gravíssimos problemas penitenciários do Brasil. Não se compreende com facilidade em que sentido a adoção dos controles eletrônicos, no regime aberto e no livramento condicional em particular, contrariaria “a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro”, ainda que assim se possa entender no que se refere às penas restritivas de direitos.

Aliás, recentemente, pela Lei 12.403/2011, o art. 319 do Código de Processo Penal passou a contemplar, entre as medidas cautelares diversas da prisão provisória, a monitoração eletrônica (art. 319, IX, do CPP). Na realidade, essa medida pode funcionar como garantia da efetividade de outras medidas cautelares, como a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II, do CPP), a proibição de manter contato com determinada pessoa (art. 319, III, do CPP) ou a proibição de ausentar-se da comarca (art. 319, IV, do CPP). Assim, se a monitoração eletrônica pode ser aplicada até mesmo para garantir a efetividade de medidas cautelares sem

maior gravidade, durante o processo penal, por que não seria adequada para assegurar a efetividade do cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto ou do livramento condicional? Isso é mais um sinal do casuís-mo com que são elaboradas as leis no sistema brasileiro.

A administração carcerária padece atualmente de sérios problemas estruturais e funcionais, como a própria carência de estabelecimentos adequados para o cumprimento de pena em regime aberto e a ineficácia absoluta no controle da observância das condições associadas ao livramento condicional, o que criou um ambiente favorável a uma ampla e extensa reincidência criminal. Os controles telemáticos representariam, em relação ao campo da pena privativa de liberdade, um instrumento de consecução dos objetivos vinculados aos institutos jurídicos referidos (regime aberto, livramento condicional), atualmente inseridos em uma esfera de consciente fracasso.

De outro lado, a razão pela qual se vetou parte do projeto é que se quer exigir dele a solução para um problema funcional do sistema, notadamente “o reajuste da população dos presídios”, segundo o antigo costume de deixar todos os problemas e soluções a cargo da lei.

A respeito dos custos, é difícil imaginar que uma sobrecarga carcerária – em que se estima um custo mensal de R\$ 2.500,00 por pessoa – represente menor carga financeira para o Estado que a implantação de um sistema de controle reservado às condenações de menor importância e com um objetivo ressocializador mais eficiente.

Apesar de tudo, atualmente o Direito Brasileiro reconhece somente as duas hipóteses já referidas, no campo da execução penal (art. 146-B da LEP), além da hipótese de medida cautelar no curso do processo (art. 319, IX, do CPP). Para que fique claro o restrito âmbito de aplicabilidade no que se refere à execução penal, deve-se considerar que a *saída temporária em regime semi-aberto* tem duração máxima de 7 (sete) dias – podendo ser renovada até quatro vezes ao ano – (art. 124 da LEP) e é admitida nos seguintes casos: a) visita à família; b) participação em curso de formação na mesma cidade do juízo da execução penal; c) participação em atividades que contribuam para a reinserção social (art. 122, Lei 7.210/84).

Por sua vez, a *prisão domiciliar* pode ser aplicada no regime aberto, nos seguintes casos: a) condenado maior de 70 (setenta) anos; b) enfermidade grave; c) condenado com filho menor ou deficiente físico ou mental; d) condenada gestante (art. 117 da LEP). Pode-se considerar também a aplicação da prisão domiciliar, por analogia, no âmbito processual, como custódia provisória, sob requisitos semelhantes aos mencionados. Hoje, aliás, há previsão do recolhimento domiciliar durante o período noturno ou dias de folga como medida cautelar, no art. 319, V, do Código de Processo Penal.

Verifica-se então que o sistema brasileiro, no que concerne à execução penal, só admite o uso dos controles telemáticos durante a execução da pena privativa da liberdade, e ainda assim só em esferas restritas dos regimes semi-aberto (saída temporária) e aberto (prisão domiciliar). Não há pena autônoma de arresto domiciliar, e sim apenas alternativas ao centro penitenciário nos regimes semi-aberto e aberto, dentro das restritas esferas já mencionadas.

Diversos Estados brasileiros utilizam atualmente tornozeleiras ou braçletes para a monitoração, principalmente com o emprego da tecnologia GPS (Paraíba, São Paulo, Rio Grande do Sul, Mato Grosso, Goiás, Minas Gerais, Alagoas e Pernambuco).²⁹

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobressai no Direito Penal Comparado um contexto de aplicabilidade progressiva dos sistemas de controle telemático da liberdade ou de sua privação em lugares diversos do cárcere. O incremento de novas tecnologias tem favorecido o surgimento de muitas propostas, cujos efeitos, em relação aos direitos fundamentais e às finalidades da pena e da medida de segurança, ainda não foram devidamente valorados.

No sistema brasileiro, assim como em geral na América Latina, o quadro é de uma aplicação mais tímida, sem que se preveja uma pena autônoma nem tampouco uma medida de segurança, e sim apenas instrumentos substi-

²⁹ BARROS LEAL, Cesar. *Vigilância Eletrônica à Distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 100-105.

tutivos da prisão, vinculados a institutos já conhecidos, como a prisão domiciliar e o livramento condicional.

Já na Europa, por outro lado, verifica-se um ambiente de aplicação mais extenso, com a instituição de penas autônomas (*curfew orders*, *localización permanente*, *placement sous surveillance électronique*) aplicáveis de forma isolada ou cumulativa segundo previsões especiais para determinados tipos penais, além de sua aplicação em caráter substitutivo. Não obstante, e agora como medida de liberdade vigiada, a utilização dos controles eletrônicos assume uma dimensão pós-penitenciária (após o cumprimento da pena) de efeitos perigosos, especialmente nos sistemas espanhol e francês, visto que ampliam excessivamente as esferas de intervenção penal mediante o uso de critérios ainda imprecisos.

O contexto de inovação tecnológica impõe uma consideração cuidadosa das esferas de aplicabilidade da vigilância eletrônica na sociedade de riscos, a fim de que um mecanismo orientado para a eficácia preventiva e para um especial efeito socializador não se converta em instrumento de excessiva e indesejável constrição da liberdade e da intimidade dos cidadãos, sem correlatas compensações no que respeita à prevenção da reincidência.

REFERÊNCIAS

BARROS LEAL, César. Vigilância Eletrônica à Distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina. Curitiba: Juruá, 2011.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “Penas privativas de libertad”. In GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.). Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995. Pamplona: Aranzadi, 1997.

GONZÁLEZ BLANQUÉ, Cristina. El control electrónico en el sistema penal. Tesis doctoral, p. 85. Disponível em www.tesisenred.net (acesso em 11.01.2013).

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Las consecuencias jurídicas del delito. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

LILLY, Robert J. / BALL, Richard A. (1987), “A brief history of house arrest and electronic monitoring”. In *Northern Kentucky Law Review*, 13(3).

MAPELLI CAFFARENA, Borja. Las consecuencias jurídicas del delito. 4. ed. Madrid: Aranzadi, 2005.

MAPELLI CAFFARENA, Borja / CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Curso de Derecho Penal. Parte General. Madrid: Tecnos, 2011.

MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. Nuevas tendencias políticocriminales en función de las medidas de seguridad: su repercusión en la regulación española. Madrid: Dykinson, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ORTIZ, Ángel Luis. “Propuestas sobre medidas de seguridad postpenales en España”. In Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, out./dez. 2008, pp. 193-206.

RUBIO LARA, Pedro Ángel. “Las Medidas de Seguridad tras la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de Junio, del Código Penal: perspectivas doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y soluciones”. In *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, num. 25. Navarra: Aranzadi, 2011.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Nuevas Penas y Medidas Alternativas a la Prisión. Madrid: Edisofer, 2011.

TORRES ROSELL, Núria. “Contenido y fines de la pena de localización permanente”. In *InDret*, Revista para el Análisis del Derecho, num. 1/2012. Disponible en <http://www.indret.com> (acceso em 11.01.2013).

VITORES, Anna / DOMÈNECH, Miquel. “Tecnología y poder: un análisis foucaultiano de los discursos acerca de la monitorización electrónica”. In *Forum Qualitative Social Research*, vol. 8, num. 2 Disponible en www.qualitative-research.net/fqs (acceso em 11.01.2013).